

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

**DOM**

2018-01-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

26003-17

**SÖKANDE**Konkurrensverket  
103 85 Stockholm**MOTPART**Södertälje kommun  
151 89 Södertälje**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Södertälje kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 425 000 kronor.

Dok.Id 929238

---

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		<b>E-post:</b> <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket** yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Södertälje kommun ska betala 425 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Södertälje kommun har brutit mot lagen om offentlig upphandling genom att den 11 november 2016 ingå avtal om leverans av verksamhetssystem med Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB (Tieto) utan att annonsera avtalet. Det saknas skäl för att inte annonsera avtalet. Avtalet är därmed en otillåten direktupphandling.

Södertälje kommun har tidigare genomfört en upphandling, ”TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun”, med annonseringsdatum den 9 februari 2012. I tilldelningsbeslut den 11 januari 2013 tilldelades Tieto kontraktet. Avtalet slöts den 31 januari 2013 för avtalsperioden den 31 januari 2013 till den 31 januari 2016. På grund av försenat startdatum framflyttades avtalsperioden, vilket innebar att kontraktet löpte ut den 28 februari 2016. Enligt förfrågningsunderlaget fanns en möjlighet att förlänga avtalet med totalt två år (1+1). Avtalet har förlängts och upphör att gälla den 28 februari 2018.

Den 11 november 2016 slöt Södertälje kommun ytterligare ett avtal med Tieto (2016-års avtal). Avtalet utgör enligt ordalydelsen ett förlängningsavtal och avser leverans av samma verksamhetssystem för avtalsperioden den 1 mars 2018 till den 28 februari 2020. Avtalet slöts utan föregående annonsering och är det avtal som utgör en otillåten direktupphandling och som är föremål för förevarande ansökan.

Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna respektive ansöka om att få lämna anbud.

Upphandlingar med ett värde som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. I annat fall krävs att något av de i lagen särskilt angivna undantagen är tillämpliga.

Det saknades möjlighet enligt såväl annonsen som förfrågningsunderlaget i Södertälje kommuns upphandling ”TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun” att ytterligare förlänga avtalsperioden efter utgången den 28 februari 2018. Avtalet är således inte en laglig avtalsförlängning utan en ny anskaffning. Även om avtalet skulle hävas har en direktupphandling och överträdelse av reglerna om offentlig upphandling skett vid avtalstidpunkten den 11 november 2016. Åtgärder vidtagna av en myndighet i efterhand för att komma tillrätta med en felaktig tillämpning av upphandlingsbestämmelserna kan inte inverka i sänkande riktning på upphandlingsavgiftens storlek.

Södertälje kommun har uppskattat att kontraktsvärdet för 2016-års avtal uppgår till 5 000 000 kr. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta kontraktsvärdet. Avtalet avser inköp av sådana tjänster som omfattas av kategori 7 ”databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster” i bilaga 2 (A-tjänster) i lagen om offentlig upphandling. Avtalets värde överstiger därmed såväl gränsen för direktupphandling som tillämpligt tröskelvärde och skulle därmed ha annonserats. Södertälje kommun är skyldig att iaktta bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen och de skäl som kommunen har uppgett för att inte annonsera 2016-års avtal har legat inom myndighetens kontroll. Att en upphandlande myndighet avvaktar en annan upphandling som genomförs av samma myndighet utgör inte skäl för undantag enligt lagen. Kommunen har varit fullt medveten om de tidsramar inom vilka en ny upphandling måste ske och i den mån man vill samordna olika upphandlingar åligger det myndigheten att planera detta i god tid. Det ställs höga krav på att en myndighet har en god organisation och framför-

hållning i sin planering. Det har inte framkommit andra skäl som skulle göra det möjligt att tilldela det aktuella avtalet utan annonsering.

Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. I förevarande fall är det fråga om otillåten direktupphandling, en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Södertälje kommun har även vid ett tidigare tillfälle varit föremål för verkets granskning och dömts att betala upphandlingsskadeavgift, vilket ska ses som en försvårande omständighet. Det är den tidigare överträdelsen i sig som har betydelse, inte vilka likheter eller olikheter som finns mellan överträdelserna. Förmildrande omständigheter saknas. Två år är en förhållandevis lång avtalstid mot bakgrund av att Södertälje kommun enligt uppgift endast velat minimera potentiella risker vid ett eventuellt leverantörsbyte. Det har inte varit fråga om en tillfällig förlängning under en kort övergångsperiod. En upphandlingsskadeavgift om 425 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

**Södertälje kommun** yrkar att förvaltningsrätten ska avslå Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Södertälje kommun bl.a. följande. Södertälje kommun upphandlade år 2012 ett verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun. Verksamhetssystemet ska stödja hela ärendeprocessen från kontakt/anmälan/ansökan, via utredning och yttranden, beslut, insatser, uppföljning till gallring i enlighet med myndighetskraven. Avtalets ursprungliga giltighetstid var t.o.m. den 28 februari 2018. En förlängning av avtalstiden har emellertid gjorts med ytterligare två år.

Södertälje kommuns IT-drift är sedan år 2009 outsourcad och i nuläget är Tieto leverantör. Under år 2016–2017 pågick en ny stor IT-driftsupphandling och det befintliga avtalet för denna outsourcing löper till den 31 mars 2018. Social- och omsorgskontoret fick under hösten år 2016 information om att en ny upphandling för denna tjänst höll på att färdigställas. För att säkerställa att ett eventuellt byte av IT-driftsleverantör inte kolliderade med upphandling av ett nytt verksamhetssystem behövde avtalet om verksamhetssystem förlängas. Det krävs stabilitet i systemet för att verksamheten ska kunna utföra sina åtaganden avseende social- och äldreomsorg. Det finns ett långtgående åtagande enligt social- och omsorgslagarna om en trygg och säker leverans för medborgare i behov av stöd och insatser.

Ett nytt IT-driftsavtal har nu kommit på plats och det är fortfarande Tieto som är leverantör. 2016-års avtal träder i kraft i mars 2018 och Södertälje kommun informerade Konkurrensverket om att kommunen kunde föra en diskussion med leverantören om att häva avtalet och påbörja en ny upphandling om Konkurrensverket bedömde att kommunen gjort en överträdelse. En ny upphandling är redan planerad som kommer att annonseras enligt de gängse principer som kommunen jobbar efter.

Södertälje kommun har upphandlat verksamhetssystemet korrekt enligt reglerna om offentlig upphandling. Eftersom avtalet inte är ett ramavtal hade kommunen möjligheten att teckna ett längre avtal än vad som gjordes år 2012. Anledningen till den kortare avtalstiden var att kommunen trodde att systemet var mer färdigutvecklat än vad det visade sig vara. Syftet med den förlängning som gjordes av avtalet om verksamhetssystem var således inte att kringgå lagstiftningen utan att säkra tillgången till ett fungerande system. Skulle Södertälje kommun under februari 2018 ha ett nytt verksamhetssystem att implementera samtidigt som en ny leverantör av IT-driften skulle konsekvenserna bli kostsamma och ha omfattande effekter på kommunens åtaganden enligt annan lagstiftning.

Att Södertälje kommun tidigare varit utsatt för en upphandlingskadeavgift kan inte anses som en försvårande omständighet eftersom den förra ansökan inte har några som helst likheter med detta ärende.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om Konkurrensverket har visat att Södertälje kommun har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå 2016-års avtal utan föregående annonsering. För det fall en otillåten direktupphandling anses ha genomförts har förvaltningsrätten att bedöma om den yrkade upphandlingskadeavgiften ska tas ut och om den är proportionerlig.

#### **Har Södertälje kommun genomfört en otillåten direktupphandling?**

I 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§ samma lag.

Av utredningen i målet framgår att Södertälje kommun den 31 januari 2013 tecknat ett avtal med Tieto om leverans av Social- och omsorgskontorets verksamhetssystem med giltighet t.o.m. den 31 januari 2016. På grund av försenad start blev emellertid avtalsperioden förskjuten med giltighetstid t.o.m. den 28 februari 2016. I både avtalet och förfrågningsunderlaget fanns en möjlighet att förlänga avtalet med sammanlagt två år (1+1). En förlängning av avtalet genomfördes och den nya avtalsperioden upphör att gälla den 28 februari 2018. 2016-års avtal ingicks därefter den 11 november 2016 och avser en ytterligare förlängning av avtalsperioden från den 1 mars 2018 till den 28 februari 2020. En möjlighet att förlänga avtalsperioden ytterligare

efter utgången av den redan förlängda avtalsperioden som upphörde att gälla den 28 februari 2018 saknas emellertid i både annonsen, förfrågningsunderlaget och avtalet. Trots att 2016-års avtal enligt ordalydelsen är ett förlängningsavtal som avser leverans av samma verksamhetssystem är det därför att anse som en ny upphandling och avtal.

Av utredningen i målet framgår att kontraktsvärdet för 2016-års avtal har uppskattats till 5 000 000 kr av Södertälje kommun, vilket har godtagits av Konkurrensverket. Värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit något i målet som ger anledning att göra någon annan bedömning av kontraktsvärdet. Värdet av 2016-års avtal, som avser sådana tjänster som omfattas av kategori 7 i bilaga 2 (A-tjänster) LOU, överstiger såväl det då gällande tröskelvärdet som direktupphandlingsgränsen. Grund för att inte annonsera upphandlingen mot bakgrund av kontraktsvärdet finns därför inte.

Förvaltningsrätten konstaterar att de undantag som räknas upp i 4 kap. 5–8 §§ LOU, om s.k. förhandlat förfarande utan föregående annonsering, inte heller är tillämpliga på det i målet aktuella avtalet. Södertälje kommun har därmed överträtt reglerna om annonsering i LOU genom att direktupphandla 2016-års avtal med Tieto. Att Södertälje kommun har anfört att den avser att genomföra en ny upphandling med regelrätt annonsering förändrar inte det förhållandet att en överträdelse av LOU har skett.

### **Upphandlingsskadeavgiftens storlek**

I 17 kap. 1 § 3 och 2 § LOU anges att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (uppholdingsskadeavgift) om myndigheten har

slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § samma lag. Vidare framgår av 17 kap. 4 och 5 §§ LOU att upphandlings-skadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas, och om det finns synnerliga skäl får avgiften efterges.

Överträdelsen är, enligt förvaltningsrättens mening, inte att anse som ringa. Det har inte heller framkommit sådana synnerliga skäl eller omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns således grund för att ålägga Södertälje kommun att betala en upphandlingsskadeavgift.

Det är ostridigt i målet att kontraktsvärdet bedömts uppgå till 5 000 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till högst 500 000 kr, dvs. tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket har yrkat att Södertälje kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 425 000 kr, dvs. åtta och en halv procent av kontraktsvärdet.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.) framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktions-



värdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens sida vara fråga om ett upprepat beteende i fråga om att inte iaktta avtalspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet på annat sätt drabbas negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlings-skadeavgift om 425 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Förvaltningsrätten har särskilt beaktat att den i målet aktuella överträdelsen av LOU utgör en otillåten direktupphandling, dvs. en av de allvarligaste överträdelserna. Av utredningen i målet framgår även att Södertälje kommun tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling och dömts att betala en upphandlingsskadeavgift. Därutöver får en avtalstid om två år ses som en i sammanhanget lång avtalstid, och inte endast som en tillfällig förlängning under en kort övergångsperiod. Det har inte heller framkommit några förmildrande omständigheter som motiverar ett lägre belopp än det yrkade. Det som Södertälje kommun har anfört om att man ville undvika att en upphandling av ett nytt verksamhetssystem kolliderade med kommunens upphandling av IT-drift och att en ny upphandling är planerad föranleder inte någon annan bedömning. Omständigheten får, som Konkurrensverket har anfört, anses ha legat inom Södertälje kommuns kontroll. 2016-års avtal har inte föregåtts av synnerligen brådska eller av en situation där endast en leverantör kan fullgöra kontraktet. Det ställs även höga krav på att en

upphandlande myndighet har god organisation och framförhållning i sin planering (se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 november 2017 i mål nr 4575-15). Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 A).

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Förvaltningsrättsnotarien Victor Elovsson har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.